16 | Mise en place et exploitation de la base de données économiques et sociales

10 recommandations pratiques avant le Jour J

PAR VIOLAINE MANEZ, *Avocat, Associée Landwell & Associés*

EN COLLABORATION AVEC CÉSAR SOLIS, *Avocat, Landwell & Associés*

1 *La base de données économiques et sociales («BDES») sera obligatoire à compter du 14 juin 2014 pour les entreprises d'au moins 300 salariés et le deviendra à compter du 14 juin 2015 pour celles de moins de 300 salariés. Son contenu et ses modalités de mise en place et de fonctionnement viennent d'être précisés par une circulaire du 18 mars 2014.*

Son objectif premier est de permettre la consultation annuelle du comité d'entreprise sur les orientations stratégiques de l'entreprise à trois ans.

Derrière les aspects purement techniques et formels de la mise en place de la BDES se cachent des enjeux importants : la diffusion d'informations stratégiques à un nombre croissant de salariés, le dialogue social et son évolution future, la place de l'encadrement face à des représentants du personnel et à des délégués syndicaux davantage informés sur la vie économique et stratégique de l'entreprise. Voici 10 recommandations pratiques en vue du lancement de cette base.

MC 5040

2 Le 14 juin prochain, les entreprises d'au moins 300 salariés devront avoir mis en place la base de données economiques et sociales («BDES»).

Les entreprises comptant entre 50 et 299 salariés pourront attendre le 14 juin 2015 pour le faire (Décret n° 2013-1305 du 27 décembre 2013 relatif à la BDES et aux délais de consultation du comité d'entreprise et d'expertise).

La circulaire du 18 mars 2014 est venue apporter des précisions sur sa mise en place et sur son contenu *(Circulaire DGT 2014/1 du 18 mars 2014 relative à la BDES et aux délais de consultation du comité d'entreprise et d'expertise)*.

Instaurée par la loi relative à la sécurisation de l'emploi *(n° 2013-504 du 14 juin 2013)* et le décret *(n° 2013-1305 du 14 juin 2013)* relatif à la BDES et aux délais de consultation du comité d'entreprise et d'expertise, l'objectif premier de la BDES est de **permettre au comité d'entreprise d'être consulté utilement**, chaque année, sur les orientations stratégiques à trois ans de l'entreprise, en lui fournissant une vision claire et globale sur la manière dont est produite et répartie la valeur créée par l'activité de l'entreprise, ainsi que sur les options stratégiques et leurs conséquences, en particulier pour les salariés.

Cette nouvelle consultation annuelle obligatoire du comité d'entreprise est prévue par l'article L 2323-7-1 du Code du travail.

La BDES sera toutefois accessible non seulement aux membres du comité d'entreprise (ou, en l'absence de comité d'entreprise, aux délégués du personnels), mais également aux membres du Comité d'hygiène de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) et aux délégués syndicaux.

La loi ne prévoit pas de droit d'accès à la BDES pour les représentants syndicaux au comité d'entreprise ou au CHSCT ; la question de leur droit d'accès à la BDES se pose et des contentieux sur ce sujet ne sont pas à exclure ; la même question pourrait se poser concernant les représentants de section syndicale.

Autre changement majeur : les informations figurant dans la BDES devront avoir un **caractère prospectif et historique**. Elles devront porter «sur l'année en cours, sur les deux années précédentes et, telles qu'elles peuvent être envisagées, sur les trois années suivantes» *(C. trav. art. R 2323-1-5)*.

FRC06_Interieur.indd 27 27/05/14 10:04

Derrière les aspects purement techniques et formels de la mise en place de la BDES se cachent des enjeux importants pour l'entreprise :

- tout d'abord, celui de la diffusion d'informations stratégiques à un nombre croissant de salariés ;
- ensuite, celui du dialogue social au sein de l'entreprise et de son évolution dans les mois et années à venir ;
- enfin, celui de la place de l'encadrement face à des représentants du personnels et des délégués syndicaux de plus en plus informés sur la vie économique de l'entreprise et sur sa stratégie.

Malgré ces enjeux, le délai laissé aux entreprises pour mettre en place la BDES est très court.

Dans ce contexte, une approche simple, structurée et prudente paraît être la meilleure solution.

Voici quelques recommandations pratiques à destination des entreprises en vue du lancement de la BDES le 14 juin prochain.

Recommandation n° 1 : faire un diagnostic préalable

3 Par précaution, il est recommandé de vérifier en amont si l'entreprise est bien à jour de ses obligations en matière d'informations à transmettre de manière récurrente au comité d'entreprise.

Pourquoi ?

4 Parce que les informations devant être intégrées dans la BDES doivent déjà être transmises de manière périodique au comité d'entreprise.

Si aujourd'hui ces informations sont transmises au comité d'entreprise de manière incomplète ou incohérente, la mise en place de la BDES risque de révéler au grand jour ces manques et ces incohérences.

En procédant à un diagnostic préalable, l'entreprise pourra identifier en amont les situations non conformes et pourra donc soit y remédier en temps utile, soit, à tout le moins, se préparer à gérer cette situation de non-conformité vis-à-vis des représentants du personnel.

Comment procéder à ce diagnostic ?

5 En comparant d'une part, la liste des obligations de l'entreprise en matière d'informations à communiquer chaque trimestre, chaque semestre et chaque année à son comité d'entreprise en application du Code du travail et, d'autre part, les communications effectivement réalisées.

En pratique, cette vérification peut prendre du temps et, dans certains cas, la première difficulté pour les entreprises sera de savoir où se trouve l'information.

Cette comparaison devra être effectuée a minima sur la période commençant à courir le 1er janvier 2013 et ce, pour deux raisons :

- une raison juridique : si le décret *(n° 2013-1305 du 27 décembre 2013, art. 2)* prévoit exceptionnellement qu'au titre de l'année 2014, les entreprises d'au moins 300 salariés ne sont pas tenues d'intégrer dans la BDES les informations relatives aux deux années précédentes (c'est-à-dire les informations relatives aux années 2012 et 2013), aucune dérogation n'est prévue au titre de 2015. En 2015, les informations relatives à l'année 2013 devront par conséquent être intégrées dans la BDES ;
- une raison pratique : la BDES devant être mise en place à mi-année, les seules informations périodiques annuelles disponibles à cette date seront celles de l'année 2013. Nombre d'entreprises ont donc prévu de les insérer dès le 14 juin prochain afin d'alimenter la BDES.

FRC06_Interieur.indd 28 27/05/14 10:04

Recommandation n° 2 : définir le niveau d'ambition que l'entreprise souhaite mettre derrière la BDES

6 Pour mener ce projet de manière cohérente, il est recommandé de définir le plus en amont possible le niveau d'ambition que l'entreprise souhaite mettre derrière la BDES.

Plusieurs approches sont possibles, allant de l'approche minimaliste (l'objectif recherché sera de répondre aux prescriptions légales et réglementaires, sans plus) à une approche maximaliste dans laquelle l'objectif sera de tirer parti de l'obligation de mettre en place la BDES pour engager ou développer un dialogue social de qualité au sein de l'entreprise.

Il existe plusieurs réponses possibles à cette question et, juridiquement, aucune obligation d'aller au-delà des prescriptions légales et réglementaires.

On peut tout à fait imaginer commencer par une version minimaliste ne serait-ce que pour une question de délai et faire évoluer la BDES par la suite.

Pour les entreprises prises par le temps, la solution minimaliste est sans aucun doute celle qu'il faut retenir pour être en mesure de tenir le délai du 14 juin prochain.

Les entreprises qui choisiront cette voie devront veiller à respecter scrupuleusement les prescriptions légales et réglementaires, sauf à s'exposer au délit d'entrave.

Elles devront également penser à informer préalablement leur comité d'entreprise sur la BDES qu'elles envisagent de mettre en place le 14 juin prochain.

Il est également recommandé d'informer préalablement les instances représentatives du personnel et les délégués syndicaux sur le fait que le contenu et le format choisis initialement pour la BDES pourront être amenés à évoluer par la suite.

A défaut, les entreprises risquent de se trouver confrontées à une crispation des relations sociales et éventuellement, au blocage de projets de réorganisation nécessitant la consultation préalable du comité d'entreprise.

Le niveau d'ambition de la BDES devrait idéalement être défini par les principaux décideurs de l'entreprise : Direction générale, DRH, Direction des relations sociales, etc., sans oublier la Direction des systèmes d'information, qui peut seule déterminer ce qui est faisable dans les délais du point de vue informatique.

Pour parvenir à un choix, il faut compter au moins deux réunions, au cours desquelles leurs seront présentés (1) le cadre réglementaire et (2) les différentes options possible avec, pour chacune d'elles, leurs avantages et inconvénients au vu des caractéristiques de l'entreprise et, en particulier, au vu de l'état du dialogue social au sein de celle-ci.

Recommandation n° 3 : définir le niveau de mise en place de la BDES : le groupe, l'UES, l'entreprise et/ou l'établissement ?

7 Le décret du 27 décembre 2013 a précisé que la BDES doit être constituée au niveau de l'entreprise *(C. trav. art. R 2323-1-6)*.

Au-delà de cette BDES au niveau de l'entreprise, une BDES peut être constituée au niveau du groupe, par convention ou accord de groupe.

Les textes sont clairs : une BDES mise en place au niveau du groupe ne permet pas de s'exonérer de la mise en place d'une BDES au niveau de l'entreprise.

FRC06_Interieur.indd 29 27/05/14 10:04

Quels pourraient être les avantages à mettre en place une BDES au niveau du groupe ?

8 Si l'on se réfère à la circulaire du 18 mars 2014 *(point 2.3)*, l'avantage serait pour les représentants du personnel qui pourraient ainsi avoir une vision plus globale en ayant accès aux informations périodiques communiquées aux comités d'entreprise des autres sociétés du groupe.

Vu du côté employeur, il semble raisonnable de se concentrer à ce stade sur la mise en place de la BDES au niveau de l'entreprise et d'en tester le fonctionnement avant d'aller plus loin.

Avant la circulaire, la question se posait fréquemment de savoir ce que l'on entendait par « entreprise ».

La circulaire a apporté de précieuses indications sur ce point.

Il est maintenant clair que :

– dans les entreprises à établissements multiples, il n'y a pas d'obligation de mettre en place une BDES par établissement ;

La BDES mise en place au niveau de l'entité juridique suffit ; elle devra intégrer l'ensemble des informations que l'employeur doit déjà remettre périodiquement aux membres du comité central d'entreprise et des différents comités d'établissement.

– lorsqu'une Unité Economique et Sociale regroupant au moins 50 salariés a été reconnue par convention ou décision de justice entre plusieurs entreprises juridiquement distinctes, c'est au niveau de l'Unité Economique et Sociale que la BDES doit être mise en place *(Circulaire du 18 mars 2014, 2.2)*.

Recommandation n° 4 : quel rôle et quelle place donner aux représentants du personnel et organisations syndicales représentatives dans l'entreprise ?

9 Depuis l'ANI du 11 janvier 2013, l'objectif est d'inciter les entreprises françaises à instaurer un dialogue social de qualité, où représentants du personnel et délégués syndicaux seront associés aux décisions de l'entreprise, en prenant en considération non seulement les données sociales, mais également les données économiques auxquelles l'entreprise est confrontée.

S'agissant de la BDES, la circulaire du 18 mars 2014 a le mérite de la clarté et va sans aucun doute dans le même sens : il est fortement recommandé d'associer étroitement les instances représentatives du personnel et les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise dans l'élaboration et l'évolution de la BDES *(Circulaire du 18 mars 2014, Fiche 1, Introduction et point 2)*.

En pratique, quelles que soient les incitations, il est prudent de décider d'impliquer ou non les représentants du personnel et les délégués syndicaux en fonction de la qualité et du degré de maturité du dialogue social au sein de chaque entreprise.

Si la qualité du dialogue social au sein de l'entreprise y est propice, il est bien évidemment préférable de les associer à la démarche de mise en place et de suivi de la BDES.

Outre le fait que cela contribuera à maintenir la qualité du dialogue social, représentants du personnel et délégués syndicaux seront ainsi plus enclins à respecter et faire respecter les règles fixées pour la mise en place et l'utilisation de la BDES et notamment l'obligation de discrétion qui leur incombe à l'égard des informations confidentielles.

Représentants du personnel et délégués syndicaux pourront en outre difficilement contester des règles qu'ils auront contribué à mettre en place. L'employeur pourra ainsi éviter ou limiter le risque de contentieux.

Mais attention, si le dialogue social au sein de l'entreprise n'est pas constructif ou si

FRC06_Interieur.indd 30 27/05/14 10:04

les relations entre les différentes instances représentatives sont mauvaises, engager une démarche conjointe est certainement vouée à l'échec et expose les employeurs à ne pas être prêts à temps pour le 14 juin.

Recommandation n° 5 : quel rôle et quelle place donner au personnel d'encadrement ?

10 La BDES va ouvrir l'accès de données jusque-là réservées aux comités d'entreprises, aux délégués syndicaux et aux membres du CHSCT.

La question qui se pose est la suivante : faut-il donner accès à ces mêmes informations à tout ou partie du personnel d'encadrement ?

L'enjeu ici est le suivant : comment gérer les membres de vos équipes et conserver votre positionnement si les membres de vos équipes sont mieux informés que vous ?

C'est toute la place et le positionnement de l'encadrement intermédiaire qui peut poser question ici.

Cette question devrait sans doute être intégrée dans les sujets à soumettre à la Direction générale de l'entreprise, bien en amont de la mise en place de la BDES.

Recommandation n° 6 : quelles informations mettre dans la BDES ? A quel moment ?

Quelles informations ?

11 Selon la nouvelle règlementation *(C. trav. art. L 2323-7-2 et R 2323-1-2 à R 2323-1-9)*, la BDES doit contenir les éléments suivants :

a. Le 14 juin 2014, pour les entreprises d'au moins 300 salariés, les informations listées à l'article R 2323-1-3 du Code du travail : le chiffre d'affaires, la valeur ajoutée, le résultat d'exploitation, le résultat net, les investissements (investissement social et investissements matériel et immatériel), les fonds propres, endettement et impôts, la rémunération des salariés et dirigeants dans l'ensemble de leurs éléments, les activités sociales et culturelles, la rémunération des financeurs, les flux financiers à destination des entreprises, la sous-traitance et, pour les entreprises appartenant à un groupe, les transferts commerciaux et financiers entre les entités du groupe.

Nota sous l'article R 2323-1-2 du Code du travail : pour les entreprises de moins de 300 salariés, ce sont les informations listées à l'article R 2323-1-4 du Code du travail qui devront être intégrées dans la BDES et ce, pour le 14 juin 2015.

Au titre de l'année 2014, ces entreprises ne sont pas tenues d'intégrer dans la BDES les informations relatives à 2012 et 2013.

En revanche, conformément à l'article R 2323-1-5 du Code du travail, elles devront intégrer dans la BDES ces mêmes informations projetées sur les trois années suivantes (soit sous forme de données chiffrées ou de grandes tendances ; si cela s'avère impossible, les motifs pour lesquels ces données chiffrées ou ces grandes tendances ne peuvent être fournies devront être indiqués).

b. Pour le 31 décembre 2016 au plus tard, toutes les informations complémentaires fournies de manière récurrente au comité d'entreprise (et dans les entreprises à établissements multiples, au comité central d'entreprise et aux comités d'établissement).

A contrario, les informations transmises de manière ponctuelle aux comités d'entreprise n'ont pas à être intégrées dans la BDES.

c. Attention ! La circulaire du 18 mars 2014 *(Circulaire DGT 2014/1 du 18 mars 2014, 1.1.)* est venue préciser que « si d'autres informations complémentaires s'avèrent utiles à la consultation sur les orientations stratégiques, elles sont mises à disposition dans la base de données ».

A quel moment ?

12 En pratique, dès que possible avant la nouvelle consultation annuelle du comité d'entreprise sur les orientations stratégiques de l'entreprise, il est recommandé de réunir toutes les informations et documents illustrant et justifiant ces orientations et de les intégrer dans la BDES.

En tout état de cause, le délai minimum à respecter entre l'intégration de ces éléments dans la BDES et le jour de la réunion sur ce sujet devra être d'au moins trois jours (72 heures) si l'on se trouve face à un comité d'entreprise ou un comité d'Unité Economique et Sociale et d'au moins huit jours si l'on se trouve en présence d'un comité central d'entreprise (sous réserve de délais plus longs prévus par un accord ou une convention spécifique applicable à l'entreprise).

Si l'on s'essaye à traduire en pratique la nouvelle règlementation, et avec toutes les réserves qu'implique un tel travail s'agissant de textes nouveaux et laissant malheureusement une marge d'interprétation, dans les entreprises d'au moins 300 salariés, le calendrier de mise en place de la BDES pourrait être le suivant :

– Le 14 juin 2014, ouverture de la BDES qui devra contenir les informations listées à l'article R 2323-1-3 du Code du travail *(voir ci-avant n° 11 a.)*.

  En application de la note figurant sous l'article R 2323-1-2 du Code du travail, ces informations seront celles afférentes à l'année 2014 (les données des années 2012 et 2013 n'ont pas à être intégrées), ainsi que les données prévisionnelles pour les années 2015, 2016 et 2017.

  Pour les données afférentes à l'année 2014, il devrait s'agir des seules informations déjà disponibles au 14 juin 2014. En effet, en l'état, rien n'indique que l'employeur soit tenu de créer des données en cours d'année 2014 uniquement pour renseigner la BDES à la date du 14 juin ; cela serait en outre contradictoire avec le principe jurisprudentiel bien établi selon lequel le comité d'entreprise ne peut exiger d'obtenir que des informations déjà disponibles.

  En pratique, il semble avisé d'y ajouter les données figurant dans les informations et documents communiqués de manière récurrente au comité d'entreprise au titre de l'année 2013.

En conséquence, les informations déjà transmises de manière récurrente aux comités d'entreprise en application du Code du travail sont un minimum, mais elles ne seront pas nécessairement suffisantes.

– Avant le 31 décembre 2014, intégration de toutes les informations autres que celles listées à l'article R 2323-1-3 du Code du travail et qui seront utiles à la nouvelle consultation annuelle du comité d'entreprise sur les orientations stratégiques de l'entreprise à trois ans, qui devra se tenir pour la première fois au plus tard le 31 décembre 2014 *(Circulaire DGT 2014/1 du 18 mars 2014, 1.1.)*.
– Début 2015, intégration des informations listées à l'article R 2323-1-3 du Code du travail au titre des années 2013 et 2014, des informations déjà disponibles pour 2015 ainsi que leur projection sur 2016, 2017 et 2018.
– Courant 2015, intégration des informations listées à l'article R 2323-1-3 du Code du travail afférentes à l'année 2015, au fur et à mesure de leur communication périodique au comité d'entreprise.
– Avant le 31 décembre 2015, intégration de toutes les informations autres que celles listées à l'article R 2323-1-3 du Code du travail et qui seront utiles à la consultation du comité d'entreprise sur les orientations stratégiques de l'entreprise à trois ans, qui devra avoir lieu d'ici le 31 décembre 2015.
– Début 2016, intégration des informations listées à l'article R 2323-1-3 du Code du travail au titre des années 2014 et 2015, les informations déjà

FRC06_Interieur.indd 32 27/05/14 10:04

disponibles pour 2016, ainsi que leur projection sur 2017, 2018 et 2019.
- Courant 2016, intégration des informations listées à l'article R 2323-1-3 du Code du travail afférentes à l'année 2016, au fur et à mesure de leur communication périodique au comité d'entreprise.
- Avant le 31 décembre 2016, intégration de toutes les informations autres que celles listées à l'article R 2323-1-3 du Code du travail et qui seront utiles à la consultation du comité d'entreprise sur les orientations stratégiques de l'entreprise à trois ans, qui devra avoir lieu d'ici le 31 décembre 2016.
- Pour le 31 décembre 2016 au plus tard, intégration de toutes les autres informations fournies de manière récurrente aux comités d'entreprise (et dans les entreprises à établissements multiples, aux comités centraux d'entreprise et aux comités d'établissement) en application du Code du travail et ce, pour les années 2014, 2015 et 2016, ainsi que leur projection sur 2017, 2018 et 2019.

Recommandation n° 7 : sous quel format intégrer les informations dans la BDES ?

13 Une autre question résolue par la circulaire du 18 mars 2014 est celle de savoir si le format des informations devant être communiquées de manière récurrente aux comités d'entreprise est compatible avec le format requis pour les informations à faire figurer dans la BDES.

Avant la publication de la circulaire du 18 mars 2014, nombre d'entreprises, confrontées au manque de temps et à l'ampleur de la tâche, envisageaient de se contenter de regrouper au même endroit l'ensemble des informations et rapports transmis de manière récurrente à leur comité d'entreprise et de laisser les destinataires de la BDES libres d'y accéder.

Le plan de présentation des informations à faire figurer dans la BDES prévu par la loi puis par le décret était vu comme une simple indication sans réelle valeur contraignante.

On pouvait douter que les représentants du personnel et délégués syndicaux partagent cette vision.

D'ailleurs, très rapidement, la CFDT a publié sur son site internet un modèle ne laissant aucun doute sur le fait qu'elle attendait un format beaucoup plus structuré et synthétique pour les informations intégrées dans la BDES *(http://www.cfdt.fr/portail/nos-modes-demploi/mode-d-emploi-nego-dialogue-social-en-entreprise-mettre-en-oeuvre-la-bdu-prod_191708)*.

Après la publication de la circulaire du 18 mars 2014, nul doute que l'approche consistant à regrouper purement et simplement les documents transmis au comité d'entreprise de manière récurrente dans une pièce (physique ou informatique) est insuffisante.

En effet, les termes de la circulaires sont clairs : toutes les informations mises à la disposition des élus de manière récurrente doivent être réparties entre les différentes rubriques de la BDES, rubriques définies aux articles R 2323-1-3 et R 2323-1-4 du Code du travail, « de la façon qui soit la plus pertinente possible pour faciliter leur exploitation et leur appropriation par les élus » *(Circulaire du 18 mars 2014, 1.1)*.

Il est donc nécessaire d'extraire les informations des documents remis périodiquement au comité d'entreprise pour les classer dans la rubrique de la BDES prévue à cet effet.

A notre sens, pour les BDES sur support papier, un simple renvoi au document à consulter pour avoir la réponse en précisant la page ou, pour les BDES sur support informatique, un lien à cliquer pour aller à la réponse, risque d'être insuffisant.

Si l'on regarde les textes et l'objectif recherché, les informations devant figurer dans la BDES doivent être classées et regroupées « de manière cohérente et par grandes thématiques », de manière

FRC06_Interieur.indd 33 27/05/14 10:04

à permettre aux comités d'entreprise et autres destinataires de la BDES d'avoir une meilleure lisibilité des informations.

Par précaution, tout format dérogatoire et donc potentiellement critiquable devrait être préalablement soumis à l'accord des représentants du personnel et des délégués syndicaux et leur accord obtenu, sauf à s'exposer à un délit d'entrave.

En pratique, si l'on veut éviter tout risque de contentieux ou de blocage, les entreprises vont devoir, avant le 14 juin prochain :

– soit extraire des documents remis périodiquement à leur comité d'entreprise les informations nécessaires pour les intégrer dans la BDES selon la nomenclature précise prévue par le Code du travail ;

Se reporter à l'article R 2323-1-3 du Code du travail pour les entreprises d'au moins 300 salariés et à l'article R 2323-1-4 du Code du travail pour les entreprises de moins de 300 salariés.

– soit trouver un accord avec leur comité d'entreprise, CHSCT et délégués syndicaux sur une autre nomenclature ou présentation.

Dernier point à ne pas oublier : les informations intégrées dans la BDES devront être mises régulièrement à jour, au moins selon la même périodicité que celle prévue par le Code du travail pour les informations remises de manière récurrente au comité d'entreprise *(C. trav. art. R 2323-1-6)*.

Recommandation n° 8 : comment fixer les règles d'accès, de consultation et d'utilisation de la BDES ?

14 Tout d'abord, un rappel des quelques principes à prendre en compte pour fixer les règles de consultation et d'utilisation de la BDES.

Selon le Code du travail, c'est à l'employeur de définir les modalités d'accès, de consultation et d'utilisation de la base de données de manière à ce que ces modalités permettent aux personnes y ayant accès d'exercer utilement leurs compétences respectives *(C. trav. art. R 2323-1-7 s.)*.

La circulaire du 18 mars 2014 *(point 2)* précise qu'il est souhaitable que « la mise en place de la BDES, ses modalités d'accès, de consultation et d'utilisation fassent l'objet d'une négociation dans l'entreprise ou a minima d'un dialogue ».

La BDES peut-être sur support papier ou informatique.

Elle doit être accessible « en permanence » aux membres du comité d'entreprise, ou à défaut, aux délégués du personnel, ainsi qu'aux membres du comité central d'entreprise et des comités d'établissement, du CHSCT et aux délégués syndicaux, qu'ils soient titulaires ou suppléants *(C. trav. art. L 2323-7-2 et R 2323-1-7)*.

La circulaire est venue préciser que cette notion de « disponibilité permanente » *(Circulaire du 18 mars 2014, 3.1.)* ne doit pas s'entendre comme une obligation pour toutes les entreprises de rendre la base de données accessible aux élus 24 h/24 h et 7 j/7.

Il n'est donc pas impératif mais seulement souhaitable que les représentants du personnel et les délégués syndicaux soient associés à l'établissement des règles d'accès, de consultation et d'utilisation de la BDES.

Quelques recommandations pratiques

– Que l'entreprise décide d'associer ou non les partenaires sociaux à la définition des règles d'accès, de consultation et d'utilisation de la BDES, il est recommandé que les grands principes que l'employeur souhaite voir respecter aient été définis en amont ;
– pour les entreprises qui mettront la BDES sur support informatique, penser à vérifier les règles mentionnées dans la Charte informatique de l'entreprise et s'assurer que cette Charte a bien été intégrée au Règlement intérieur de l'entreprise ;

FRC06_Interieur.indd 34 27/05/14 10:04

– il est vivement conseillé d'avoir rédigé, présenté aux représentants du personnel et aux délégués syndicaux et fait signer par chaque salarié ayant un droit d'accès à la BDES, avant le 14 juin prochain, un document explicitant chacune des règles particulières d'accès, de consultation et d'utilisation de la BDES (la « Charte BDES »).

Cette Charte pourra préciser le support choisi, les jours et heures d'accessibilité, les moyens pour y accéder (clef, codes informatiques, etc.) et comment ces moyens seront communiqués (envoi par informatique, remise d'une enveloppe par les RH, etc.), la liste des informations et documents mis sur la BDES, les modalités de mise à jour (quel rythme, comment les destinataires seront informés de la mise à jour), le droit ou non de faire des impressions, des photocopies (pour les documents confidentiels), le droit ou non d'emporter des impressions, des copies (pour les documents confidentiels), les mesures de sécurité mises en place (traçabilité des accès informatiques, des impressions, etc.), dans le respect, bien sûr, des règles applicables en la matière.

L'établissement d'une telle Charte et sa signature par les salariés ayant accès à la BDES contribuera à assurer la protection des informations confidentielles intégrées dans la BDES.

Recommandation n° 9 : comment assurer la protection des informations intégrées dans la BDES ?

15 La protection des informations confidentielles intégrées dans la BDES est l'un des enjeux majeurs pour les entreprises.

Conscient de cet enjeu, le législateur a expressément soumis les représentants du personnel et les délégués syndicaux ayant accès à la BDES à une obligation de discrétion à l'égard des informations revêtant un caractère confidentiel et présentées comme telles par l'employeur *(C. trav. art. L 2323-7-2)*.

La circulaire rappelle également cette obligation de discrétion et précise que les droits d'accès à la base sont strictement personnels et ne peuvent être transmis à un tiers *(Circulaire du 18 mars 2014, 3.3)*.

On sait que la violation de l'obligation de discrétion peut être sanctionnée par le juge.

Toutefois, les sanctions encourues sont dans la grande majorité des cas civiles : versement de dommages-intérêts par la personne ayant violé son obligation de discrétion et/ou sanctions disciplinaires avec suivi de la procédure spéciale devant l'inspection du travail lorsque le contrevenant est un salarié protégé.

Les sanctions pénales, qui sont les plus dissuasives, sont extrêmement rares ; elles ne peuvent intervenir que si la divulgation d'informations confidentielles tombe sous le coup d'un délit caractérisé (par exemple, délit d'initiés).

Par ailleurs, l'expérience montre qu'il est souvent difficile d'identifier la source de la fuite.

Enfin, une fois l'information confidentielle divulguée, le mal est fait et ce ne sont pas les sanctions prévues qui vont résoudre le préjudice réel subi par l'entreprise.

En pratique, malgré les règles et les sanctions possibles, le risque de diffusion d'informations confidentielles ne peut en aucune façon être totalement éradiqué et plus le nombre de personnes ayant accès aux informations est grand, plus ce risque est élevé.

Toute la question est donc de savoir comment limiter en amont au mieux le risque de voir une information confidentielle divulguée.

Voici quelques pistes :

a. Sélectionner avec discernement les informations déclarées « confidentielles » ; si trop d'informations sont déclarées comme telles, les informations réellement confidentielles risquent d'être « disqualifiées » par le juge.

FRC06_Interieur.indd 35 27/05/14 10:04

b. Mettre en place une Charte BDES mettant en exergue la responsabilité personnelle incombant à chacune des personnes ayant accès à la BDES et marquer leur engagement à respecter scrupuleusement les règles de la Charte et, en particulier, la nécessité de respecter la confidentialité des informations qui seront déclarées comme telles par l'employeur.

Une déclaration manuscrite signée par chaque salarié ayant accès à la BDES permettrait sans aucun doute de renforcer leur engagement.

Un exemple de déclaration figure dans l'encadré. Bien évidemment, ce modèle n'a qu'une valeur indicative et devra être adapté en fonction de la situation de chaque entreprise.

Exemple de déclaration à faire reproduire de manière manuscrite par les salariés signataires de la charte d'accès, de consultation et d'utilisation de la BDES :

« Je soussigné ----------, exerçant le mandat de ---------- et ayant accès, en cette qualité, à la BDES mise en place au sein de la société ----------, m'engage expressément, après avoir lu intégralement et en ayant le temps suffisant pour le faire, à respecter chacune des règles de consultation et d'utilisation de la BDES rappelées ci-dessus. Je m'engage également expressément à respecter la confidentialité des informations qui seront déclarées comme telles par l'entreprise ---------- et reconnais que la divulgation de ces informations causerait nécessairement un préjudice à l'entreprise et qu'elle pourrait donc valablement rechercher ma responsabilité personnelle. »

La manière dont la remise et la signature de la Charte BDES se fera est importante : plus vous donnerez de l'importance et de la solennité à ce moment, plus les représentants du personnel et les délégués syndicaux prendront conscience de l'importance de respecter les règles qu'elle édicte.

A contrario, faire signer cette Charte « entre deux portes », après le 14 juin, en demandant aux représentants du personnel et aux délégués syndicaux de faire vite, en accompagnant le tout de la formule consacrée : « tu peux signer, c'est juste une formalité », pourra se retourner contre l'entreprise par la suite et est donc à proscrire dans la mesure du possible.

c. Tout faire pour que représentants du personnel et délégués syndicaux adhèrent pleinement à la nécessité absolue de respecter la confidentialité.

Cela peut passer par l'association de ces représentants et délégués à la mise en œuvre de la BDES et/ou de la Charte BDES lorsque cela est possible.

Cela peut également passer par la mise en place de formations de sensibilisation à la confidentialité ou de formations qui permettront de faire passer les représentants et délégués du rôle exclusif de défenseur des intérêts des salariés, au rôle de représentant des intérêts des salariés dans le contexte économique de l'entreprise.

d. Tracer les accès à la BDES ainsi que les impressions et transferts de documents (pour mémoire, de tels procédés devront avoir été mis en place conformément aux dispositions légales).

e. Appliquer les mêmes règles à toute personne de l'entreprise ayant accès à la BDES ou aux informations confidentielles qu'elle contient (toute personne ayant accès à des informations confidentielles est susceptible de les diffuser à un moment ou à un autre).

f. Si une obligation confidentielle est divulguée : enquêter pour retrouver le contrevenant, éviter de transiger et, dans la mesure du possible, communiquer en interne sur les sanctions appliquées.

FRC06_Interieur.indd 36 27/05/14 10:04

Recommandation n° 10 : désigner au sein de l'entreprise une personne en charge de la mise en œuvre et du suivi de la BDES

16 Un dernier conseil pratique pour les entreprises et leurs dirigeants : étant donné les enjeux et les risques associés à la BDES, il est recommandé de choisir un et un seul responsable de la BDES au sein de l'entreprise et de lui remettre une délégation de pouvoirs spécifique en bonne et due forme sur ce sujet.

Pour que cette délégation de pouvoirs soit valable, ce responsable devra disposer d'une autorité et d'une compétence suffisantes.

Il devra également avoir les moyens humains et matériels nécessaires à l'exercice de cette délégation.

FRC06_Interieur.indd 37 27/05/14 10:04